

FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS
Grupos de empresa y economía descentralizada

GRUPOS DE EMPRESA Y ECONOMÍA DESCENTRALIZADA

118

FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS
Doctor en Ciencias del Trabajo
Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 30-05-2012

Fecha de aceptación: 13-09-2012

RESUMEN: A partir del último cuarto del S. XX la organización productiva descentralizada, de signo posfordista, surgida bajo el impulso de las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, viene imponiendo una flexibilidad en los ordenamientos jurídicos que está deteriorando las condiciones de empleo y los niveles de convivencia y bienestar social, al tiempo que desactiva el factor trabajo. Sin embargo el discurso político mayoritario apuesta por la competitividad internacional y la integración económica global, como alternativa única al aislacionismo y la falta de desarrollo económico. Los mercados de trabajo se someten a un permanente reajuste al contexto global, a un ritmo que no permite generar y consolidar nuevas figuras e instrumentos jurídicos adecuados a la moderna economía. Desbordado el principio de «unicidad empresarial», se plantea la cuestión de cómo hacer frente a un empresario complejo, huidizo y opaco, que surge de la descentralización productiva –el grupo de empresas–, y que aprovecha las carencias de identificación y regulación para extraer ventajas competitivas de la relación de empleo.

PALABRAS CLAVE: Globalización, mercado de trabajo, descentralización productiva, flexibilidad, grupos de empresa, responsabilidad solidaria, «levantamiento del velo», «empresario aparente».

ABSTRACT: *Since the last quarter of the 20th century the decentralized productive organization, of post-Fordist sign and which arose under the boost of new information and knowledge technologies, has been imposing a flexibility in the juridical codes, which is worsening both job conditions and the levels of coexistence and social welfare, which hampers the employment. However, most of the political speech bets on international competitiveness and the global economical integration, as the only alternative to isolationism and the lack of economical development. The labour markets are submitted to a constant adjustment to the global context, to a pace that doesn't let either yield or consolidate new tools or juridical instruments suitable for current economy. Once the principle of business uniqueness has been surpassed, the issue of how to face up to a complex employer -elusive and opaque- shows up, issue from productive decentralization –the group of companies–, who takes advantage of the lack of identification and regulation in order to obtain competitive advantages from job connection.*

KEY WORDS: *Globalization, labour market, productive decentralization, flexibility, group of companies, supportive responsibility, the lifting of the veil, apparent employer.*

SUMARIO: I. ECONOMÍA DESCENTRALIZADA Y GLOBAL. 1. Introducción a los paradigmas productivos. 2. Globalización, mercado y sociedad. 3. Mercados de trabajo flexibles. II. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. 1. Introducción y generalidades. 2. Descentralización productiva concurrente: el grupo de empresas. 3. La empresa en la economía de mercado. 4. El empresario desde el punto de vista jurídico-laboral. III. GRUPOS DE EMPRESA, RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO Y JURISPRUDENCIA SOCIAL. 1. Caracterización y tipología de grupos. 1.1. Grupos por subordinación y por coordinación. 1.2. Grupos patológicos y fisiológicos. 2. Normativa jurídico-laboral y grupo de empresas: una regulación parcial y fragmentada. 2.1. Sobre la consideración del grupo de empresas como integrante del concepto de «comunidad de bienes». 3. Responsabilidades laborales en el grupo de empresas. 3.1. Evolución de la jurisprudencia sobre el grupo de empresas. 3.1.1. Estadio previo a la «sistematización»: la vieja línea jurisprudencial de la «empresa única». 3.1.2. Hitos jurisprudenciales. 3.1.2.1. Primer hito: STS 3 de mayo de 1990. Puntos firmes de la doctrina «sistematizada». 3.1.2.2. Segundo hito: STS 30 de junio de 1993. 3.1.2.3. Tercer momento: STS 26 de enero de 1998. 3.2. Estadio actual de la doctrina jurisprudencial. 3.3. Fraude de ley: doctrina judicial del «levantamiento del velo» y «empresario aparente». 4. Consideraciones críticas en torno a la doctrina jurisprudencial y propuestas de *lege ferenda*. 4.1. Puntos críticos de la doctrina jurisprudencial. 4.2. Expectativas de orientación de la jurisprudencia. 4.3. Ámbito de responsabilidad empresarial adecuado. 4.4. Pronósticos sobre el alcance normativo del grupo de empresas. 4.5. Propuestas de regulación. IV. CONCLUSIONES.

I. ECONOMÍA DESCENTRALIZADA Y GLOBAL

1. Introducción a los paradigmas productivos

Un breve resumen histórico de la organización social del trabajo nos aproxima a la producción artesana en el primer capitalismo evolucionado de la organización

gremial¹, que identifica al artesano con el reconocimiento de cada obra como suya propia, en un mercado muy competitivo compuesto por muchas empresas pequeñas y medianas. Las manufacturas, la proletarización de la mano de obra y la disciplina fabril, trajeron la producción en masa de la mano del taylorismo, luego matizado por el fordismo con la cadena de montaje. El modelo de grandes divisiones productivas verticalmente jerarquizadas, generó, bajo inspiración keynesiana a partir de la segunda Guerra Mundial, una nueva pauta de consumo superadora del primer capitalismo «miserabilista» del S XIX, y dominó la producción industrial hasta los setenta del siglo XX. Con la «crisis del petróleo» como detonante (en 1973), comenzó a dar muestras de agotamiento por diversas causas económico-productivas y políticas, entre ellas el desempleo persistente, la inflación y el déficit estructural.

Hacia la mitad del siglo XX el desarrollo económico y social conoció su etapa más esplendorosa en cuanto a tasas de desempleo, servicios de bienestar, y distribución funcional de la renta. En los treinta años en que el consenso de posguerra fue el protagonista de las relaciones de producción, la productividad se convirtió en el motor del desarrollo, merced a un mercado de trabajo ampliamente regulado, bajo los auspicios de la concertación social y el estímulo a la demanda agregada; instituyéndose así, una correlación virtuosa de variables macroeconómicas (beneficio, ahorro, inversión, productividad, elevación de salarios...), al amparo de una energía barata e ilimitada, el control de las materias primas, y el intercambio desigual con el tercer mundo.

En la era del «posfordismo», a partir del último cuarto del S. XX, el impulso de las nuevas tecnologías informáticas propició una fórmula productiva de «especialización flexible», que rentabilizó la producción en series pequeñas y modelos variables (atendiendo a los gustos del consumidor), aplicando economías de alcance inspiradas en una especie de «neoartesanía», bajo el resurgimiento de los (viejos) distritos industriales, configurando redes de pequeñas y medianas empresas que

¹ Sobre los modelos productivos, en general, puede consultarse KÖHLER, H.D. y MARTÍN ARTILES, A., *Manual de la Sociología del Trabajo y de las Relaciones Laborales*, Delta publicaciones, Móstoles (Madrid), 2005, páginas 369-415.

concurrir en cooperación y competencia simultánea, y estableciendo alianzas breves y flexibles. La economía flexible y la organización horizontal se convierten en artífices de la producción descentralizada, con un amplio vector productivo asentado en el conocimiento, el procesamiento de la información y la importancia de los recursos humanos, pese a la desmembración del ciclo productivo². La reciente ola de las tecnologías informáticas, de base microelectrónica, se muestra capaz de incrementar la productividad utilizando «el conocimiento» como fuente de capital, expandiendo los mercados financieros (capital-riesgo y bolsa de valores) e impulsando las empresas asociadas a dichas tecnologías. La nueva economía intangible y virtual, asentada en la integración descentralizada bajo estructuras de tipo red, combinando la especialización con el volumen producido, e interactuando las magnitudes globales (el capital) y locales (el trabajo) y la innovación, ha sido capaz de mostrarse como una apuesta de futuro en la carrera por la competitividad, de la que ninguna área económica parece poder ya inhibirse.

2. Globalización, mercado y sociedad

El fenómeno de la globalización ofrece perspectivas políticas contrapuestas (foros de New York y Porto Alegre)³. El mercado sin reglas se presenta como progreso ineluctable, pero al mismo tiempo se amplía la brecha que separa a ricos y pobres. La ideología dominante unida al progreso tecnológico han liberalizado las transacciones financieras internacionales, viniendo a ceder «de facto» los Gobiernos el poder a las grandes empresas y grupos transnacionales privados (no electos). La asimetría globalizadora entre el capital instantáneo, las mercancías y los trabajadores, promueve un interés especulativo (a veces desestabilizador) que escapa a los controles democráticos, en tanto que la unidad de decisión no emana de la persona sino de la

² Al borde de la actualidad, hacia los años noventa del siglo XX, compiten con la especialización flexible la “producción ajustada o ligera” (Lean producción, modelo “just in time”), de raíz netamente japonesa, y una vertiente productiva menos deshumanizadora (sobre los años setenta) –el enfoque sociotécnico y el sistema de producción reflexivo–, por cauces territoriales distintos (Noruega y Suecia, aunque también Reino Unido, y después Alemania y USA).

³ SAMPEDRO SÁEZ J.L., El mercado y la Globalización, tercera edición, Destino, Barcelona, 2003, páginas 10-11. Sobre cuestiones relacionadas con el funcionamiento del mercado puede verse la obra en general.

unidad monetaria. La economía de «internet» no supone precisamente un avance en convivencia y desarrollo social, ni está orientada hacia un orden universal menos injusto o más solidario, porque la erradicación de los efectos perversos del desarrollo y la vida colectiva no se globaliza (analfabetismo, medio ambiente, narcotráfico...).

En la economía global es el mercado, en manos privadas, el que realmente gobierna —el Gobierno es un mero gestor de los intereses del mercado—, adaptando a su interés las legislaciones monetarias, fiscales y laborales, bajo presiones «deslocalizadoras». Los distritos productivos emergen, como núcleos de resistencia local, frente a las amenazas aislacionistas y el retraso en el desarrollo, para hacer frente a un modelo que está deteriorando los niveles de convivencia social, en cuanto a desvertebración, vulnerabilidad, exclusión, desprotección y pobreza, incluso en las áreas centrales de la globalización (USA, UE y Japón).

Los ordenamientos jurídico-laborales quedan así a merced de la competitividad y la flexibilidad —o desregulación— laboral, y la producción «descentralizada» termina precarizando las condiciones de empleo mientras facilita la atomización representativa y sindical. En fin, se desactiva el factor trabajo, el cual diluye su entidad colectiva, al tiempo que el capital la constituye, y se comienzan a dismantelar los «Estados del bienestar».

3. Mercados de trabajo flexibles

Al irrumpir la crisis del petróleo en el mundo (en los primeros años de la década de los setenta) se produjo una caída de la productividad y un incremento de la conflictividad laboral no conciliable por los Gobiernos nacionales. Los acuerdos internacionales y los recursos financieros abandonan el objetivo de pleno empleo y optan por una política neoliberal de contención del gasto público, privatizaciones y liberalizaciones. Aparecen muchos términos y conceptos vinculados a la nueva

economía⁴, pero los indicadores de bienestar social no han mejorado claramente en los más de treinta años de neoliberalismo global, reapareciendo el desempleo masivo y persistente⁵, con más énfasis en grupos y colectivos específicos (de inmigrantes, jóvenes o mujeres)⁶. La flexibilidad, que sitúa en cualquier parte del mundo determinadas parcelas productivas, se asienta como práctica común en todas las latitudes del universo productivo. La distribución del producto social se torna más desigual y polarizada y las rentas del trabajo retroceden frente a las del capital. Las relaciones mercantiles entre los países centrales y periféricos de la globalización alimentan relaciones de dependencia económica, tecnológica, política y cultural.

La revolución tecnológica engendrada por las tecnologías de la información y el conocimiento, derivadas de la utilización conjunta del microprocesador, internet y la ingeniería genética, ha provocado grandes cambios económicos, sociales y culturales, reestructurando el sistema capitalista hacia la creación de un sistema «tecnoeconómico», cuyo peculiar atributo consiste en la generación, el procesamiento y la transmisión de la información –la acción del conocimiento–, como fuente misma (y fundamental) de productividad⁷. Las TIC, herramienta esencial para el nuevo modelo de empresa, han facilitado la creación de redes horizontales, mediante la posibilidad (nueva) de combinar decisiones coordinadas con una organización descentralizada. Las multinacionales han creado filiales autónomas en los distintos países, y aunque la empresa sigue siendo la unidad jurídica y financiera, ya no es la unidad operativa de producción y gestión⁸. Las organizaciones productivas que utilizan las TIC funcionan de manera flexible en la red, manteniendo la fuerza de trabajo dispersa en distintas empresas y localidades, al tiempo que se coordinan las tareas mediante intercambios

⁴ Sociedad informacional, economía financiera y especulativa, globalización, flexibilidad, deslocalización, externalización, subcontratación, atomización sindical, acuerdos de cooperación, alianzas estratégicas, organizaciones productivas en red, el fin del trabajo (RIFKIN, J., *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 1996, páginas 18-19).

⁵ En España hemos venido registrando entre 2009 y 2011 aproximadamente entre cuatro y cinco millones de desempleados. Esta tendencia creciente mantiene actualmente el número de parados en cinco con dos millones de activos y la tasa de desempleo en un veintitrés por ciento.

⁶ Véase ALONSO BENITO, L.E., *La crisis de la ciudadanía laboral*, Anthropos, Rubí (Barcelona), 2007, páginas 86 y 109.

⁷ KÖHLER, H.D. y MARTÍN ARTILES, A., *Manual...cit.*, páginas 227-228.

⁸ Ahora lo es el proyecto, que -por definición- tiene naturaleza temporal, sustituyéndose así las relaciones laborales por mercantiles.

telecomunicados. La empresa-red es el instrumento garantizador de la flexibilidad que la organización productiva reclama. Pero el modelo flexible, al mismo tiempo que integra el proceso desintegra la «fuerza de trabajo», transformando profundamente las relaciones entre los factores productivos. En su núcleo, el capital es global, pero, como regla, el trabajo sigue siendo local; el mercado de trabajo global no existe, salvo para unos pocos especialistas (tecnólogos, analistas financieros...) y ejecutivos.

La gestión flexible de la mano de obra –ese implacable leviatán⁹– (a partir de los noventa), ha traído formidables mutaciones al proceso de producción. El control del ciclo completo, la jerarquía funcional, y la autonomía de cada empresa, pierden su preeminencia en favor de la dependencia económica y la producción fragmentada en fases (integración horizontal). La nueva estructura admite dos grandes tipos de organización: redes verticales de subcontratación que giran en torno a grandes empresas (normalmente transnacionales); y redes horizontales que forman agregados con PYMEs en distritos industriales. Espoleadas por el desempleo, las demandas de flexibilidad en la organización productiva se difundieron rápidamente convirtiendo a los trabajadores en agentes adaptables y disponibles para cualquier coyuntura económica, en un mercado cada día más competitivo en el que el salario cumple un papel equilibrador. La variada gama de flexibilidades en las relaciones laborales¹⁰, se justifica para mantener el empleo, las exigencias de la demanda, la posición competitiva en el mercado, etc. Por su lado, la OCDE viene recomendando la introducción de elementos desreguladores (despidos, salarios mínimos, prestaciones desempleo, cotizaciones sociales, cargas fiscales, déficit público, privatizaciones), que introduzcan más mercado y menos intervención pública.

Sin embargo para algunos autores (Miguélez Lobo, F.) la flexibilidad es una estrategia empresarial interesada, económica e ideológicamente. Las incertidumbres

⁹ VALDÉS DAL-RÉ F., “El fenómeno de la externalización” en PEDRAJAS MORENO, O., La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002, página 27.

¹⁰ CANTARD ALBOR, A., “Descentralización productiva: impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente, escenarios futuros”, Documentación laboral, número 80, 2007, página 134, distingue varias clases de flexibilidad, entre ellas la «flexibilidad jurisprudencial».

productivas inherentes al empresario se trasladan al trabajador, propiciando su inestabilidad o la precariedad de sus condiciones laborales, para recuperar el control que durante el ciclo productivo fordista había pasado a manos sindicales. El debate sobre la reducción del tiempo de trabajo ha sido sustituido por el de la flexibilidad infinita e irreversible, que en la realidad práctica significa «costo flexible del trabajo», o variabilidad flexible del precio de la mano de obra. La misma flexibilidad laboral que para la empresa deviene en certidumbre y libertad de disposición del factor trabajo, para el trabajador se convierte en inseguridad, precariedad, e indisponibilidad de tiempo de vida y ocio. Puede afirmarse pues, que la única relación flexible favorable al trabajador que admite el empresario, es aquella que no perjudique sus propios intereses. Y es que la flexibilidad laboral excesiva, o malentendida, puede ser más un problema que una solución, si no se orienta adecuadamente¹¹.

Por otra parte, no hay consenso sobre las causas del cambio en la estructura de la demanda a favor de la mano de obra cualificada, que emanan de la globalización. Se ha dicho que el mercado de trabajo es un mercado global (informe de la OIT de 1996) –en contraste con el aforismo de que el mercado es global y el trabajo es local- y que las naciones ofrecen su mano de obra proponiendo los precios más bajos en la pugna internacional. En opinión de algunos autores (Ruesga y Da Silva) la dinámica del comercio internacional no está incidiendo directamente en los niveles de empleo de los países desarrollados. Es la caída de la productividad registrada en los años ochenta (hasta situarse en niveles de los años sesenta) la que explica el deterioro de las condiciones de vida. Según afirman, los efectos de la globalización, la integración y la interdependencia de la economía mundial, no han impedido que las condiciones de vida y de trabajo se determinen fundamentalmente en el ámbito nacional. Los Estados nacionales disponen de importantes instrumentos de diferenciación (sistema impositivo, gasto público, modelo educativo e instituciones laborales), y los pueden utilizar del modo que mejor consideren. La argumentación contraria –la mundialización de mercados y la competitividad- se utiliza, según estos autores, para justificar la reducción de salarios y la desprotección social. De modo que, para ellos, es falsa la idea de la

¹¹ En favor de la sociedad en su conjunto –en lugar de la empresa-, atendiendo a necesidades vitales, tiempo de estudio, cuidado de otras personas, actividades sociales, reparto de empleo, tareas solidarias y sociales....

competitividad, según la cual un país con bajos salarios y adversas condiciones laborales exportará bienes intensivos en factor trabajo¹².

Pero no es menos cierto que en un contexto de economía abierta la competitividad internacional y la productividad vienen ligadas hasta ahora a las rebajas en los costes salariales, lo cual es lamentable. Los Estados nacionales no disponen ya de instrumentos de intervención tan eficaces en la política económica y social que aplican en su territorio, y la regulación de los mercados de trabajo tiene un carácter regresivo, a modo de «huída del Derecho del Trabajo». En tales circunstancias, el fenómeno del desempleo resulta más o menos fluctuante, incluso puede desaparecer en una determinada coyuntura, reapareciendo indefinidamente con los impulsos cíclicos de la economía. Sin embargo, lo que es realmente trágico para las personas y socialmente demoledor, es la coexistencia simultánea del empleo precario y el desempleo desprotegido.

En la gestión global del trabajo «territorializado», las alternativas posibles de defensa han girado en torno a dos frentes en mutua cooperación: los entes y operadores (públicos y privados) circunscritos en el territorio, y las empresas ubicadas en el mismo. Se ha tratado de armonizar el asentamiento de PYMEs con la forma de hacer propia y la cultura local. Sin embargo la crítica a los sistemas territoriales de empleo procede de varios frentes: uno de ellos, la falta de distinción entre las redes o PYMEs que responden a estrategias globalizadas (y que generan precariedad, vulnerabilidad y exclusión) y aquellas otras propias del territorio (que se supone que generan condiciones favorables de empleo); otro reproche, la «caza» de subvenciones; y por último, el de la implantación de un sindicalismo cooperativo (acrítico).

En el contexto global, el viejo sindicalismo de clase debe replantearse su acción y su estrategia, ejerciendo más pedagogía sindical y extendiendo sus ámbitos representativos a otros territorios (de la UE), a otros colectivos más vulnerables o aislados (parasubordinados, trabajadores a domicilio, consumidores, teletrabajadores...)

¹² RUESGA BENITO, S.M. y DA SILVA BICHARDA, J., “Globalización económica y relaciones laborales”, VII Encuentro Nacional de Economía Política, Curitiba (Paraná, Brasil), Universidad Autónoma de Madrid, Trabajo 12 (2003), páginas 19-38.

y a otros ámbitos materiales (migraciones, derechos humanos, medio ambiente). La cuestión social ya no es la clásica de siempre. La descentralización productiva inmersa en la economía global produce una pérdida importante de relaciones asalariadas y al mismo tiempo una elevada dispersión de la mano de obra, que abocan a una creciente atomización representativa sindical y una considerable pérdida de afiliación. Asimismo, en el actual sistema productivo la regulación legal de la acción sindical debe adaptarse también a los nuevos criterios de organización empresarial, que favorecen la «microempresarialidad» y la empresa multicentro, así como la constitución de grandes grupos de empresas y empresas multinacionales¹³.

En lo que respecta al mercado de trabajo español, el nivel de desempleo es más elevado y persistente que en el resto de la UE, acusando especialmente las fluctuaciones de los ciclos económicos (aunque se sigan subvencionando desde hace un cuarto de siglo las contrataciones que realizan las empresas privadas), dato adverso que se achaca a una excesiva rigidez, pese a que se han acometido continuas y profundas reformas flexibilizadoras desde el año 84, la última de ellas a través del RD ley 3/2012, que aún no tiene medio año de vigencia. Sin embargo, el mercado del «factor humano» es extraordinariamente complejo y cada país tiene sus peculiaridades y su cultura productiva y protectora del empleo, de modo que la complicada realidad nos enseña que las claves esenciales de los mercados de trabajo, en los que tantos elementos intervienen, difícilmente pueden extrapolarse de un país a otro¹⁴. La temporalidad y la segmentación han sido la tónica dominante en nuestro mercado de trabajo, desde los impulsos flexibilizadores acometidos a partir de la mitad de los ochenta.

Siguiendo la idea expresada más atrás, un excesivo protagonismo de la flexibilidad termina siendo ineficaz o contraproducente, y puede traer nuevas distorsiones al conjunto de la economía sin resolver ninguno de sus problemas. Y esto sin contar con que, la mayor competitividad de las empresas a costa del abaratamiento

¹³ LUJÁN ALCARAZ, J., “La acción sindical en la empresa: marco legal y desarrollo convencional”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, páginas 308-317.

¹⁴ Sobre los aspectos teóricos de los mercados de trabajo puede consultarse PALACIO MORENA, J.I. y ÁLVAREZ ALEDO, C., *El Mercado de Trabajo: Análisis y Políticas*, Akal, Madrid, 2004.

de los costes laborales ligados a una mayor precariedad laboral, resulta un fracaso social desde todos los puntos de vista.

II. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Introducción y generalidades

Las formas descentralizadas de producir vienen transformando en las últimas tres décadas los estatutos jurídicos del trabajador, el empresario y el propio Derecho (laboral)¹⁵, y se orientan hacia la fragmentación de las facultades empresariales. Pese a que el empresario «complejo» sigue manejando el control de las claves productivas, su identificación se torna cada día más difícil. Tal vez por ello el legislador haya mostrado recientemente cierta sensibilidad al respecto, viniendo la ley reguladora de la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 11 de octubre, -LRJS-), a mostrar un notable interés por esta identificación del empresario, a fin de que pueda ser demandado y comparezca judicialmente cuando aquél configura un grupo de empresas (o un ente sin personalidad). Y también su responsabilidad está más difuminada, una vez que ha sido superado el viejo principio de unicidad empresarial¹⁶. Consecuentemente, la fragmentación de poderes empresariales debe ser circunscrita objetiva y sistemáticamente en un ámbito económico organizativo determinado de imputación de responsabilidades, el cual, no se sabe muy bien dónde ubicar actualmente (si en la empresa, en el empresario, en el grupo de empresas...). No por ello, hay que admitir que la descentralización productiva –lícita para el legislador- se convierta, como ya está ocurriendo, en un yugo insoportable para el asalariado inmerso en un mercado laboral cada día más fragmentado, polarizado, desregulado y precario, al mismo tiempo que en una ventaja competitiva para el empleador globalizado.

¹⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El fenómeno...cit.”, página 27.

¹⁶ Así lo entiende MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, número 9, 2010, páginas 16-17.

El modelo de descentralización productiva flexible, opuesto al taylorista-fordista, consiste en expulsar del ciclo de la empresa (principal) determinadas actividades cuya ejecución pasa a ser contratada con otras empresas (auxiliares) o trabajadores autónomos, que suelen depender de aquélla¹⁷. De ese modo, por una parte las relaciones laborales se transforman en mercantiles; tan es así que la descentralización productiva está generando un tipo de empresa que la doctrina denomina «hueca» (sin trabajadores). Y por otra parte -aunque la descentralización productiva debe ser racional en términos de eficacia organizativa; no sólo un medio para lograr incremento de beneficios¹⁸-, se transfieren riesgos empresariales y se ejerce un contrapeso al desarrollo sindical.

De entre las muchas técnicas utilizadas hoy día para descentralizar la producción, pueden referirse las contratas y subcontratas, el contrato atípico de franquicia, la contratación con profesionales autónomos, vía arrendamientos de obras o servicios, el empleo de trabajadores de ETTs a través de un contrato de puesta a disposición con aquéllas, y, en fin, la creación de empresas filiales articuladas en torno a una empresa matriz que las funda, y la eventual constitución de un grupo de empresas, que aquí me interesa destacar especialmente.

2. Descentralización productiva concurrente: el grupo de empresas

Las posibilidades de vinculación entre descentralización productiva y grupo de empresas alcanzan de manera «concurrente» a la sucesión empresarial, la subcontratación, la cesión de trabajadores, o las empresas de trabajo temporal¹⁹, al amparo del principio de libertad de empresa que garantiza el art. 38 CE. En todos estos fenómenos, a la descentralización productiva en sí misma considerada por la creación de un grupo de empresas, se adhiere, a veces de forma solapada y casi subrepticia y, en

¹⁷ En esta materia puede consultarse la obra de LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones LABORUM, Murcia, 2003.

¹⁸ SSTs 24-03-97 (RJ 2615) y 30-09-98 (RJ 7586).

¹⁹ Al respecto puede consultarse MOLINA NAVARRETE, C., *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Comares, Granada, 2000.

todo caso, de manera compleja, otro mecanismo descentralizador, por la vía de la modificación de la titularidad de la empresa o el cambio de empresario.

En general la entidad económica objeto de sucesión se identifica con un «conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio» (art. 44 ET). Específicamente en los grupos de empresa, las transmisiones parciales (con la consiguiente escisión) son frecuentes en las estrategias de filialización, fraccionándose así la empresa unitaria en un complejo de filiales, que articulan la actividad económico-empresarial del grupo, lo cual no es ilícito para los tribunales (si bien en los grupos de empresa fuertemente descentralizados se producen situaciones de verdadera sucesión empresarial), siempre que se produzca un cambio real, no una modificación ficticia o fraudulenta, en tanto que la unidad productiva transmitida ha de ser susceptible de explotación autónoma.

Acerca de la subcontratación en los grupos de empresa, no es sencillo descubrir los supuestos de contratas lícitas de los de cesión prohibida de trabajadores. La actividad judicial «indiciaria» se dirige en cada caso a deslindar al empresario real (que tiene facultades, infraestructura, patrimonio...) del aparente que pretende eludir sus responsabilidades. Cuando ambas empresas –cedente y cesionaria- poseen infraestructura productiva propia e independiente, los problemas de delimitación se revelan aún más complejos, pues la cesión ilegal también se produce cuando la organización empresarial de la subcontratada no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra (negocio jurídico simulado que encubre una «interposición»)²⁰.

La cesión ilegal de trabajadores (al margen de un ETT) también se puede producir entre empresas del mismo grupo. Se muestra como la conducta de quien utiliza el ordenamiento para abaratar formalmente la mano de obra, y se hace llamar, o se hace

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., “Grupos de empresas y subcontratación” en AA.VV., Grupos de empresas y derecho del trabajo, Trotta, Madrid, 1994, páginas 239-272; VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual de derecho del trabajo, séptima edición, Comares, Albolote (Granada), 2009, página 442.

pasar por empresario, para trasladar trabajadores a otro, que es el auténtico empleador porque ostenta «la titularidad y organización»²¹.

Las fronteras entre el mecanismo «interpositorio» de empresa ficticia y lícita contrata, son extraordinariamente difusas (y confusas). Tal vez por ello, la creciente utilización de los mecanismos de descentralización productiva en concurrence con la cesión de trabajadores dentro de los grupos de empresa, no supone la necesidad –ni siquiera la elevada probabilidad– de que se aplique el artículo 43 ET, en tanto que no es indicio de cesión ilícita la prestación permanente de servicios de una empresa contratada (o subcontratada) a otra del mismo grupo²², cuyo título jurídico habilitante para ejercitar facultades –no todas–, no surge de la ley, pero sí puede emanar del contrato de trabajo o del convenio colectivo²³.

Sobre la configuración de ETTs dentro de los grupos de empresa –cesión legal temporal de trabajadores–, hay que decir que éstas han sido admitidas, apelando a las mismas razones por las cuales se admiten las subcontrataciones. Pero también serían fraudulentas las «instrumentalizaciones» que el grupo de empresas pudiera hacer de las ETTs (cesiones gratuitas, puestas a disposición sin contraprestación...)²⁴, en tanto que aquéllas sólo deben dedicarse a la actividad que constituye su objeto.

3. La empresa en la economía de mercado

²¹ En ese sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, decimocuarta edición, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, página 523; BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 94, 1999, página 177.

²² SSTs 17 de enero de 2002 (RJ 2002/3755); 16 de junio de 2003 (RJ 2003/7092); 14 de marzo de 2006 (RJ 2006/5230); 17 de abril de 2007 (RJ 2007/3173); STS 4 de marzo de 2008 (RJ 2008/1902); SSTSJ Madrid, Sala Social 26 de abril de 2005 (AS 2005/1530); Cataluña, Sala Social, 5 de octubre de 2009 (AS 2009/2580).

²³ Así lo entiende MONTROYA MELGAR, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 48, enero 2004, páginas 136-139.

²⁴ MOLINA NAVARRETE, C., *La regulación...cit.*, página 82 (nota a pie de página 92).

La empresa, como unidad socioeconómica de producción, nunca ha estado bien delimitada en términos jurídicos²⁵. Su concepto en nuestro ordenamiento tiene que extraerse pues de manera inducida (del art. 44.2 ET), como una entidad económica –con «identidad» propia-, “*entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*”. Y también carece de personalidad jurídica propia. Ni siquiera en el sistema preconstitucional de relaciones laborales fue aquella dotada de tal personalidad, como una comunidad de intereses que pudiera responder por sí misma de sus obligaciones laborales²⁶. En su nombre, y con cargo a ella, siempre estuvo llamado a responder su titular, el empresario.

Pero por encima de cualquier otra consideración, la empresa es actividad organizada, si bien su noción a veces se confunde –incluso el legislador laboral la utiliza indistintamente- con la actividad propia del empresario. En consecuencia, pese a ser la empresa el ámbito sociológico que constituye el elemento central de la actividad productiva, sin embargo es al titular de la misma, al empresario, a quien el trabajador debe tener perfectamente identificado, para que, en su caso, responda de las obligaciones deducibles de la relación de empleo. Porque, en suma, es el empresario el que ostenta el control y la capacidad de decisión, sobre los factores y recursos que integran la actividad (productiva) organizada, que constituye la empresa.

4. El empresario desde el punto de vista jurídico-laboral

La identificación del empresario «verdadero», en las estructuras empresariales complejas -los grupos de empresa-, es una labor muy difícil²⁷, porque tanto pueden ser el empleador las sociedades componentes del grupo, como el propio grupo o su sociedad cabecera. La ley laboral siempre definió al trabajador pero nunca al patrono,

²⁵ En general, véase MONEREO PÉREZ, J.L., La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario, Ibídem, Madrid, 1999.

²⁶ La «unidad productora» ordenada hacia el bien común en el Fuero del Trabajo, o la unidad económica en solidaridad de sus elementos –la empresa «comunitaria» franquista-, no llegó a ser protagonista y objeto del Derecho Laboral, porque el contrato de trabajo nunca fue desplazado por el contrato de sociedad.

²⁷ Aun contando con la reciente ayuda que a esos fines proporciona la LRJS (Ley 36/2011).

empleador o empresario, que lo pueden ser tanto las personas físicas y jurídicas como las comunidades de bienes y otros entes carentes de personalidad, cuyo concepto «reflejo» (o traslativo), surge de las notas que caracterizan la relación laboral del citado trabajador, esencialmente la recepción de sus servicios, en régimen de dependencia y ajenidad de frutos.

Aunque se ha definido al empresario como un acreedor de trabajo y deudor de salario²⁸, no pueden ser obviadas sus facultades organizativas y directivas –cuya carencia negaría la condición de empleador–, dando órdenes o instrucciones con regularidad, vigilando y controlando la actividad laboral, o asumiendo los riesgos que en cuanto titular del negocio le corresponden. Son indiferentes, sin embargo, otras circunstancias referidas al empleador²⁹. Pero el concepto de empresario también ha evolucionado. Su noción clásica quiebra desde todos los puntos de vista en las ETTs –si bien por imperativo legal (art. 1.2 ET y ley 14/94), lo que excluye el fraude³⁰, y en cierto modo, lo mismo ocurre con los grupos de empresa, muy frecuentemente, de manera subrepticia o fraudulenta, lo que tiene mucho que ver con la falta de una regulación específica del fenómeno.

III. GRUPOS DE EMPRESA, RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO Y JURISPRUDENCIA SOCIAL

1. Caracterización y tipología de grupos

²⁸ Entre otros, MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, trigésima primera edición, Tecnos, Madrid 2010, página 289. El empresario, «titular en cuanto tal de un haz de derechos y deberes básicos», puede ser definido a los efectos del Derecho del Trabajo como «acreedor de trabajo y deudor de salario». En el mismo sentido VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual...cit.*, página 429. El empresario aparece como acreedor de la prestación de servicios y deudor de salario.

²⁹ Como el tipo de negocio, la titularidad, el ánimo de lucro...

³⁰ En las ETTs el empresario que formaliza el contrato de trabajo con el trabajador no recibe sus servicios ni organiza su actividad, aunque comparta ciertas responsabilidades (directas y subsidiarias) con quien sí lo hace (la empresa usuaria).

Pese a que los grupos de empresa proliferan actualmente de un modo exponencial, el fenómeno despierta un desconocimiento y una incertidumbre que se deben, en buena medida, a la carencia de esa regulación específica y generalizada en el ámbito laboral a la que me acabo de referir. En tales circunstancias, la evolución de los pronunciamientos judiciales resulta determinante para comprender mínimamente las connotaciones propias del grupo de empresas laboral.

De lo que se ha calificado como la «nueva frontera del Derecho de la empresa»³¹, aún no se ha elaborado jurídicamente una definición laboral³², en tanto que no es exigible formalizar documentalmente en modo alguno la constitución o existencia de un grupo de empresas³³. Su expresión cada día se utiliza más como señuelo de credibilidad y solvencia, pero su delimitación productiva resulta bastante compleja³⁴. Desde el punto de vista del interés del sujeto empresarial, la integración o agregación de empresas –en la economía de las decisiones complejas y opacas– proporciona a la empresa estructurada en forma de grupo una posición más ventajosa, en los ámbitos financiero, productivo, tecnológico, comercial, fiscal y laboral³⁵.

Lo que caracteriza al grupo laboral de empresas es la circunstancia de que varias (dos al menos) entidades jurídicamente independientes y dotadas cada una de ellas de una organización productiva autónoma, interactúen de manera integrada o coordinada adoptando y asumiendo decisiones con alcance común para todas ellas. Pueden llegar incluso a generar la apariencia de un ámbito de organización y gestión único, es decir, una realidad económica unitaria, como si de una sola empresa se tratara.

³¹ EMBID IRUJO, J.M., Introducción al derecho de los grupos de sociedades, Comares, Albolote (Granada) 2003, página 14.

³² VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual... cit., página 433, quienes afirman que ni siquiera es pacífica su denominación.

³³ GIRGADO PERANDONES, P., La empresa de grupo y el derecho de sociedades, Comares, Granada, 2001, páginas 144-145 y 180 respectivamente.

³⁴ Así lo apunta SANTILLÁN, S., “Repercusiones laborales de los grupos de empresa” en AA. VV., Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, página 199.

³⁵ TERRADILLOS ORMAECHEA, E., “La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas”, primera edición, Consejo Económico y Social, colección estudios, Madrid, 2000, páginas 68-69.

Esta forma agrupada de organizar la producción, constituye desde el prisma económico un centro único de decisión, al tiempo que integra varias unidades operativas desarrollando actividades más o menos relacionadas entre sí, aunque distintas³⁶. La dirección del grupo es la que tiene la capacidad de controlar y asignar los recursos en el conjunto del mismo³⁷. Se ha dicho pues, desde la doctrina, que las notas que delimitan el concepto de grupo de empresas consisten en 1) una pluralidad de empresarios independientes³⁸, 2) una dirección unitaria del mismo –la cual puede ser ejercida con mayor o menor grado de intensidad-³⁹; verdadera «columna vertebral» de la ordenación de los grupos⁴⁰, y 3) un instrumento de poder que garantice el ejercicio de la dirección –el control o el pacto contractual, según se trate de grupos subordinados o coordinados respectivamente-⁴¹. La unidad de decisión, derivada de la dirección unitaria, configura la característica imprescindible del grupo⁴², y delimita una cierta unidad económica inherente al mismo⁴³. Sin embargo no existe grupo, cuando un mismo empresario es

³⁶ STSJ Cataluña 26 de julio de 2010 (AS 2010/1915).

³⁷ ARAGÓN MEDINA, J., “Los grupos de empresas como unidad económica dominante” en AA.VV., Grupos...cit., páginas 25-26.

³⁸ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral” en AA. VV. (RIVERO LAMAS, J., Director, DE VAL TENA, A., Coordinador), Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing», Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, página 51.

³⁹ EMBID IRUJO, J.M., Introducción...cit., página 30. El grupo es una especie de «sujeto de segundo grado», cuya existencia –para el autor- queda justificada sólo cuando la intensidad de la dirección unitaria convierta a la personalidad jurídica de las sociedades del grupo en simple apariencia formal. Al grado de intensidad se refieren también ROMERO BURILLO, A.M., y MORENO GENÉ, J., “La adquisición de participaciones societarias como fenómeno de huida del derecho del trabajo”, Aranzadi WestlabES, BIB 1999/820, páginas 2-3.

⁴⁰ TERRADILLOS ORMAECHEA, E., La representación...cit., páginas 70-72.

⁴¹ FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 2001, páginas 156-157.

⁴² PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., Derecho...cit., páginas 514-515; FERNÁNDEZ, Z., “Introducción a los grupos” en AA.VV. (Barea, J., Julia, J.L. y Monzón, J.L., Directores), Grupos Empresariales de la Economía Social en España, , Ciriéc-España, Valencia, 1999, página 30; PLA RODRÍGUEZ, A., “Los grupos de empresas”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 5, 1981, página 187.

⁴³ CAMPS RUIZ, J.M., “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en AA. VV., Grupos de empresas y derecho del trabajo, Trotta, Madrid, 1994, página 87. GIRGADO PERANDONES, P., La empresa...cit., páginas 147-149, considera que los pactos o acuerdos entre empresas, sin cesión de competencias esenciales en orden a elaborar una política y unas directrices económicas del grupo por encima del interés de cada una de ellas, no constituyen un grupo de empresas porque las empresas siguen siendo independientes, jurídica y económicamente.

titular de varias empresas independientes que actúan separadamente en sus relaciones y transacciones⁴⁴.

1.1. Grupos por subordinación y por coordinación

Aunque en términos jurídico-laborales no exista una definición acabada del grupo de empresas, más allá de los confines delimitados por la jurisprudencia con la ayuda de la doctrina⁴⁵, los grupos jerárquicos (por subordinación) sí que gozan de un cierto reconocimiento legal, es decir cuentan con una limitada regulación específica indirecta, la Ley 10/97⁴⁶, cuya interpretación, tanto por su rango legal cuanto por su origen -emana de la transposición de una Directiva comunitaria-, repercute en todos aquellos ámbitos laborales en los que se discuta acerca de la concurrencia de un grupo de empresas⁴⁷. Pero fue sin duda la efímera vigencia de la Ley 22/1992⁴⁸, la que constituyó, por remisión legal expresa del ámbito laboral al mercantil (artículo 42 del Código de Comercio), la expresión jurídico-laboral más completa y amplia de este tipo de grupos⁴⁹. Sin embargo, tras la modificación del citado artículo del Código de Comercio, orientada a adaptar la legislación al entorno comunitario europeo e internacional a mediados de 2007⁵⁰, cabe afirmar que la redacción normativa, tanto en la ley laboral -ley 10/1997- cuanto en la mercantil -Código de Comercio y normas afines

⁴⁴ STS 16.07.86 (RJ 4159), FD 2º y 3º. La mera titularidad empresarial común no genera responsabilidad patrimonial recíproca y solidaria de todas aquellas empresas de las que es titular; y ello esencialmente porque los derechos que al trabajador corresponden no tienen como sujeto pasivo a la persona titular de la empresa, sea física o jurídica, sino a la entidad «empresa» como tal, a la cual se encuentra vinculado activa y pasivamente dicho titular.

⁴⁵ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual...cit., página 433.

⁴⁶ La Ley 10/1997 acota su aplicación directa al ámbito de los derechos (colectivos) de información y consulta de los trabajadores en la empresa y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

⁴⁷ En ese sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., Derecho...cit., página 515. También STSJ Galicia 3 de junio de 2008 (AS 2008/1400), FD quinto, en la que se dice -tal vez en lo que considero un exceso verbal- que puede afirmarse «que nos encontramos delante de la definición iuslaboralista del grupo de empresas».

⁴⁸ Ley 22/1992, de 30 de julio, sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, derogada en 1997 por RD-Legislativo 9/1997 y reiteradamente por la Ley 64/1997.

⁴⁹ BAYLOS GRAU, A. y COLLADO GARCÍA, L., “Introducción” en AA. VV., Grupos...cit., página 14, para quienes la noción de grupo de empresas sobre el criterio de la unidad de decisión -procedente de la ley 22/1992, disposición adicional 4ª- constituye un hecho de gran importancia, al ser la primera vez que la norma laboral establece una fórmula organizativa de esta estructura empresarial.

⁵⁰ Modificación llevada a cabo por la Ley 16/2007 de 4 de julio, para reformar y adaptar la legislación mercantil en aras de su armonización contable internacional y europea. En el mismo sentido se modificó el artículo 4 de la Ley 24/1988 del mercado de valores, por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

en ese ámbito-, delimita en la actualidad un grupo de empresas que la jurisprudencia ha considerado «más restringido», porque las sociedades vinculadas ya no alcanzan a constituir, como se decía antes expresamente en la ley, una unidad de decisión.

De manera que en su configuración actual, existe grupo por subordinación cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el «control» de otra u otras⁵¹, pero ahora lo que se presume (*iuris tantum*) es la existencia de ese control -antes era la «unidad de decisión»-, cuando la sociedad dominante se sitúe, respecto de la dependiente, en alguna de las posiciones ya conocidas que posibilitan fiscalizar o intervenir (de cualquier modo) en la formación de su voluntad decisoria, por la vía de los acuerdos con otros socios, los derechos de voto, las facultades de designación, los órganos de administración, los altos cargos...; instrumentos que en definitiva inciden o determinan la garantía decisoria.

La diferencia entre la unidad de control y la unidad de dirección (o de decisión) puede tener un alcance importante por cuanto «sólo mediante el ejercicio de la dirección unitaria» puede afirmarse en sentido estricto que surja el grupo⁵², cuyo desarrollo integra de manera natural varias características: efectividad, que no sea potencial sino real; graduabilidad, o que el grado de centralización sea de intensidad variable (y en todo caso incluya la competencia para decidir en materia de financiación); estabilidad, que denote una vocación de permanecer en el ejercicio de las decisiones; y grupal, o que haga prevalecer el interés del grupo⁵³, aun si ello colisionare con la independencia jurídica de las sociedades o empresas agrupadas⁵⁴. La expresión máxima del grupo por subordinación, que es el que laboralmente prolifera en la mayor parte de las ocasiones, es el «holding»⁵⁵, el cual representa el paradigma del centralismo jerarquizado grupal,

⁵¹ Ese elemento de «control» que existe en los grupos subordinados es el que la doctrina tradicional echa de menos en los grupos coordinados, así por ejemplo, EMBID IRUJO, J.M., Introducción...cit., páginas 6-7.

⁵² EMBID IRUJO, J.M., Introducción...cit., página 13.

⁵³ EMBID IRUJO, J.M., Introducción...cit., páginas 31-32. En ocasiones la política empresarial del grupo subordina los intereses de las asociadas al del grupo, y ello puede causarles daños patrimoniales.

⁵⁴ FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., Los grupos...cit., páginas 181-182.

⁵⁵ Para las diversas clasificaciones o tipologías de grupos puede consultarse, entre otros muchos, CAMPS RUIZ, J.M., La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades, Centro de publicaciones del

porque las sociedades dominadas no hacen otra cosa que ejecutar con corrección las «directrices emanadas del holding»⁵⁶.

Al respecto de los grupos horizontales la doctrina anda dividida. En tales casos, para algunos «cabe discutir que pueda hablarse en sentido estricto de grupo»⁵⁷. Desde el ámbito mercantil las opiniones más autorizadas consideraron como específicos del grupo de empresas tanto la dirección unitaria como el elemento de control, del que se apunta que carece el grupo paritario. No se trata una relación de dominio entre las sociedades que componen estos grupos, ni concurren entre ellas las notas de subordinación y dependencia⁵⁸. Pero también se ha dicho que un concepto amplio de grupo requeriría únicamente la concurrencia del elemento de la dirección unitaria⁵⁹, a la que compete decidir sobre financiación, política de control de nombramientos, ejecución de decisiones, y otras facultades (según el grado de centralización), y lo cierto es que, aun de forma coordinada –no subordinada–, ésta también se ejerce en los grupos paritarios⁶⁰, aunque no por ello se vean afectadas de forma relevante la independencia jurídica o económica de sus miembros.

De manera que cubierto el presupuesto esencial, el de la legitimidad para producir como grupo, carecen de importancia otros rasgos más secundarios como la temporalidad o la falta de dependencia, que como se acaba de anotar, es más bien relativa porque en realidad lo que se decide en los grupos horizontales, desde la independencia jurídica y económica, es subordinar –o someter– tal independencia a la voluntad conjunta y unitaria del ente predeterminado llamado a dirigir la política económica común de todo el grupo, y ello es lo que se identifica con el interés propio del mismo. Lo que no obsta a que sea conveniente formalizar tales acuerdos por escrito,

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, página 16; TERRADILLOS ORMAECHEA, E., La representación...cit., páginas 81-87; FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., Los grupos...cit., página 152.

⁵⁶ TERRADILLOS ORMAECHEA, E., La representación...cit., páginas 78-79.

⁵⁷ CAMPS RUIZ, J.M., “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en AA. VV., Grupos...cit., página 87; GIRGADO PERANDONES, P., La empresa...cit., páginas 145-147.

⁵⁸ FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., Los grupos...cit., páginas 193 y 198.

⁵⁹ EMBID IRUJO, J.M., Introducción...cit., páginas 6-7; GIRGADO PERANDONES, P., La empresa...cit., páginas 145-147.

⁶⁰ Así lo entiende GIRGADO PERANDONES, P., La empresa...cit., páginas 147-149.

incluso elevarlos a escritura pública e inscribirlos en los correspondientes registros de cada sociedad firmante.

Advierte también la doctrina que pese a todo, el punto más débil de los grupos por coordinación se encuentra en la «falta de consistencia del poder de dirección»⁶¹, sin olvidar que el «riesgo de desobediencia» es su verdadero talón de Aquiles. La jurisprudencia social ha entendido que en estas agrupaciones de empresarios vinculadas por un criterio de coordinación, la característica fundamental consiste en que no se da entre los mismos la relación de dominio o el control directo de una o varias empresas sobre las restantes, como así ocurre en los grupos por subordinación⁶².

La falta de operatividad del grupo puede surgir de la permanente dificultad para alcanzar consensos, en tanto que la carencia de unanimidad puede bloquear los acuerdos que cada una de las entidades agrupadas intuya como perjudicial para sí. Por lo tanto, es en este punto donde más justificada queda la formalización de acuerdos dirigidos a resolver –persuasivamente, no conflictivamente- tales situaciones, cuyas vías de solución habrían de estar previstas y formalizadas en el contrato constitutivo del grupo⁶³.

1.2. Grupos patológicos y fisiológicos

La doctrina se ha referido a los grupos «patológicos» como aquellos que se organizan internamente como si de una sola empresa se tratase, pero se muestran al exterior de manera «disgregada para evitar el control jurídico»⁶⁴. De ahí que aparezcan conectados al fraude, al abuso de derecho, a la elusión de responsabilidades, a la insolvencia, a la descapitalización...; al incumplimiento, en definitiva, del ordenamiento jurídico, de donde emana esa necesidad que tienen de ocultarse a la realidad,

⁶¹ GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa...*cit., páginas 164-165.

⁶² STS 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939), FD décimo.2.b.

⁶³ Por ejemplo a través de indemnizaciones o de compensaciones económicas -u otros beneficios desde una perspectiva más a largo plazo- a las sociedades que puedan verse perjudicadas por la decisión.

⁶⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Los grupos de empresas ante la jurisprudencia social española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, página 24. Para una aproximación a las nociones patológica y fisiológica del grupo, páginas 23-29.

perviviendo semiescondidos, funcionando de forma sutil y procurando pasar –como grupo- inadvertidos. En este tipo de estructura grupal la mayor parte de las veces los miembros quedan sujetos a la jerarquía e intensa subordinación normalmente desplegada por la empresa «cabecera» del grupo, que por definición es la que domina y controla a las demás.

Contrariamente, los grupos «fisiológicos» emergen como una «pluralidad de sociedades jurídicamente independientes», que necesita adaptar sus estructuras productivas al modo en que lo hacen los gigantes empresariales (descentralizados) que exigen actualmente las relaciones productivas, los mercados y la competitividad. Estos grupos están asociados a un nivel relacional de independencia y funcionamiento ordinario normal de la empresa. Se diría que las razones que estimulan su aparición nada tienen que ver con el falseamiento de la realidad empresarial o la elusión de sus responsabilidades, sino que, antes al contrario, aparecen a la vida jurídica generando una apariencia unitaria exterior que les sirve como tarjeta de presentación de su licitud y solvencia económica. Cabe suponer que, como afirma la Sala Social del TS –para los grupos de empresa en general-, su creación responde a razones técnicas y organizativas que derivan de la división del trabajo dentro del grupo, lo que constituye una práctica, al menos en principio, aparentemente lícita, siempre que sean establecidas las necesarias garantías para el trabajador⁶⁵.

En mi opinión parece más acertado hablar de conductas fraudulentas que de grupos lícitos *versus* ilícitos. Lo fundamental no es sólo cómo se configura el grupo sino, además, cómo se comporta en sus actuaciones, en tanto que el fraude puede surgir desde ambos flancos: su estructura y su comportamiento. Interesa saber si el empresario, por medio del grupo tuvo la intención de actuar fraudulentamente (actitud patológica), pero importa también, en un segundo nivel de análisis, si la estructura grupal, aun siendo lícita, se ha utilizado en perjuicio del trabajador⁶⁶, o le ha producido un daño, incluso inintencionado.

⁶⁵ STS 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1062), FD segundo.

⁶⁶ ESTEVE SEGARRA, M.A., Puntos críticos en la construcción jurisprudencial de los grupos de empresas en el ámbito laboral, revista de jurisprudencia el Derecho número 1, EDB 2007/32290, el Derecho editores, 2007, página 3.

La diferencia entre ambos tipos de grupos, se encuentra básicamente en la intencionalidad buscada al ser creados –cosa que es difícil de advertir y más aún de demostrar-⁶⁷, o en su comportamiento posterior, que puede ser sobrevenido por las circunstancias. Pero siempre ligado al análisis de dos términos: uno la elusión fraudulenta de la responsabilidad para con sus acreedores, y por ende con sus trabajadores; y otro la razón técnico-organizativa de la división del trabajo que les anima a ser más competitivos debiendo hacer frente a todas sus obligaciones jurídico-legales. Del juego combinado de ambos términos dependerá el que quepa calificar de una forma u otra, más que al grupo, su comportamiento, lícito o ilícito. Pero, a mi modo de ver, nada debería impedir que la responsabilidad que pudiera derivarse de su funcionamiento como grupo, quedase absolutamente desvinculada del fraude, el cual debe ser sancionado en todo caso.

2. Normativa jurídico-laboral y grupo de empresas: una regulación parcial y fragmentada

Como he dicho antes, el Derecho laboral no contempla de forma global el fenómeno de los grupos de empresa, ni existe una regulación general o específica de la participación de éstos en las relaciones laborales. Su tratamiento es muy limitado y disperso, dada la persistente abstención del legislador en la materia. No obstante, recientemente la LRJS (Ley 36/2011) ha incluido en su regulación algunos aspectos procesales del grupo de empresas con ánimo identificatorio –también con la intención de dotarlo de una cierta entidad jurídica-, pero no así en sus aspectos sustantivos⁶⁸. Han sido sobre todo la jurisprudencia, y también la doctrina científica, quienes han tenido que suplir estas carencias.

⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva, Difusión jurídica y temas de actualidad S.A., Madrid, 2007, página 402, considera que si no hay diseño de grupo ficticio o intento defraudador no debe declararse la responsabilidad solidaria; Véase la STS 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7045), FD decimotercero.

⁶⁸ Cosa que pudo hacer en paralelo, simplemente modificando convenientemente el ET.

Pero, como anoté más atrás, tampoco se puede decir que la realidad del grupo sea absolutamente desconocida o ignorada por las normas laborales. Una somera ordenación cronológica, sin ánimo exhaustivo, apunta como más destacadas la Ley 22/92 (disposición adicional cuarta), sobre fomento de empleo y protección por desempleo, según la cual pertenecían al grupo aquellas empresas que constituyesen una «unidad de decisión», porque cualquiera de ellas controlase, directa o indirectamente, a las demás; la LPL hoy sustituida por la LRJS; la ya citada Ley 10/97; el art. 15.5 ET sobre la adquisición del trabajador de la condición de fijo (suspendida por ahora hasta el 31 de diciembre de 2012); los art. 84 y 87 del ET, sobre prioridad aplicativa en situaciones de concurrencia de convenios colectivos y en cuanto a la legitimación para negociar convenios colectivos; o el RD 801/2011, nuevo reglamento sobre EREs, derivado de la penúltima reforma del mercado de trabajo acometida por la ley 35/2010⁶⁹.

Conviene retener que en la mayoría de los conflictos suscitados por el grupo, lo que judicialmente se termina discutiendo es si puede identificarse su existencia⁷⁰, en escenarios litigiosos desconfiados o sospechosos, bajo principios cada día menos tuitivos para el trabajador, con la determinación del legislador de impulsar el grupo por subordinación -no responsable salvo fraude-, relegando los grupos por coordinación hasta la desaparición de aquéllos del propio concepto de grupo de empresas.

2.1. Sobre la consideración del grupo de empresas como integrante del concepto de «comunidad de bienes»

La doctrina científica también se halla dividida en torno a esta cuestión. Se ha tratado de encajar -en una interpretación calificada a veces como «forzada»-, la noción de grupo de empresas en el concepto de empleador que prevé el artículo 1.2 del ET para

⁶⁹ Las referencias en la LRJS están contenidas en el preámbulo, apartado VI, y art. 10.3, 23.6, 76.1, 16.5, 80.1.b, 249. Hay otras normas que también hacen alguna referencia al grupo de empresas, entre ellas, Ley 27/84; RD 1382/85; RD 39/97; Ley 45/99; Ley 27/99; RD Legislativo 5/00; RD ley 5/06; Ley 43/06...

⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M., “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresa: inventario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 48, Madrid 2004, página 98.

la figura de la «comunidad de bienes»⁷¹. El funcionamiento unitario de las organizaciones del trabajo, o la prestación de servicios para varias entidades, hacen referencia a un tipo de empresa –de grupo– de titularidad plurisubjetiva, pero de ámbito productivo y vínculo laboral único entre trabajadores y cotitulares en proindivisión⁷², a modo de empresa con varios centros de trabajo o delegaciones productivas, a cuyo frente se encuentra una suerte de comunidad de bienes⁷³. Así, se ha defendido que el empresario único comunidad de bienes puede ser un grupo de empresas, que a falta de regulación habría que encajar (por analogía) en el art. 1.2 ET⁷⁴. Pero no puede negarse que resulta difícil tal encaje –el grupo de empresas no es una persona física, ni jurídica ni una comunidad de bienes-⁷⁵, en tanto que no estamos ante un conjunto de bienes pertenecientes a varios sujetos proindiviso⁷⁶, sino ante personas jurídicas distintas con patrimonio propio diferenciado, aunque participado entre sí.

El TS viene rechazando la idea de que el grupo de empresas signifique comunidad de bienes y simultáneamente quepa deducir de ello –por estar incardinado en el art. 1.2 ET– una responsabilidad solidaria aplicable a todos sus componentes⁷⁷. Entre el grupo de empresas y la comunidad de bienes hay muchas similitudes pero también aparecen algunas diferencias sustanciales. Coincido pues en la afirmación de que, de una manera forzada, podría incluirse la figura productiva en aquél concepto, si bien el mayor problema teórico que ello plantea surge a la hora de concretar qué tipo de

⁷¹ Así lo ha entendido, por ejemplo, GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa...cit.*, página 55.

⁷² CAMPS RUIZ, J.M., “Problemática...cit.” en AA. VV., *Grupos...cit.*, páginas 96-106.

⁷³ En la perspectiva del tiempo, muy tempranamente la sentencia STS 12 de noviembre de 1974 (RJ 1974/4050), Considerando sexto, hizo referencia a una «comunidad de bienes» de origen y composición familiar, surgida por la agrupación de un empresario aparente, con el que contrataron los trabajadores, y otro real no visible.

⁷⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Editorial Civitas, Madrid 1998, páginas 167 y siguientes.

⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, décimo novena edición, Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2010, página 239. Sobre el significado de la expresión «comunidad de bienes» del artículo 1.2 ET, véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes”, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 2, 1980, páginas 217-229.

⁷⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Cívitas, Madrid, 1992, página 49 (nota 108), acerca del impedimento de reconducir los grupos de empresas a las comunidades de bienes.

⁷⁷ STS 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939), FD undécimo en relación con el FD noveno.2, acerca de la doctrina de un solo vínculo laboral de una sola empresa, siendo las distintas sociedades beneficiarias de la prestación laboral «titulares proindiviso».

responsabilidad cabe atribuir a los sujetos comuneros agrupados⁷⁸, si mancomunada como parece desprender la legislación civil, o solidaria como declara la jurisprudencia social. Pero a fin de cuentas, las asimetrías más notables entre la comunidad de bienes y el grupo de empresas, es decir, la distinta concepción que ambas figuras asumen de la responsabilidad compartida⁷⁹, la distinta forma de ejercitar el mandato⁸⁰, y la clase de responsabilidad teóricamente atribuible a los componentes de una y otro⁸¹, no obstan a que la analogía establecida entre ambos sirva para detectar, y en su caso corregir, las situaciones productivas ficticias en las que una empresa única estructurada en forma de pluralidad de empresarios independientes, pretenda aparentar, formal y externamente, una diversificación productiva que es inexistente. La discusión doctrinal, por lo tanto, puede ser interesante pero en ese sentido deviene estéril. Si la consideración jurisprudencial sirve a los fines de corregir la situación productiva anómala (ficticia u oculta) detectada en el grupo de empresas, llámese aquél comunidad de bienes o no, lo cierto es que el resultado debe ser aplaudido.

3. Responsabilidades laborales en el grupo de empresas

3.1. Evolución de la jurisprudencia sobre el grupo de empresas

La construcción jurisprudencial en la materia ha conocido lo que podríamos llamar varios «hitos» o momentos evolutivos. A la doctrina primaria de la «empresa

⁷⁸ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual...cit., página 431.

⁷⁹ Los componentes de la comunidad de bienes comparten responsabilidad por el solo hecho de formar parte de ella; los miembros del grupo de empresas, por ese solo hecho no.

⁸⁰ El mandatario de la comunidad de bienes actúa formalmente en nombre de ella; el mandatario del grupo de empresas en el nombre de su persona jurídica.

⁸¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., Derecho del trabajo, 14 edición, Tecnos, Madrid 2005, páginas 209-210, consideran que la responsabilidad de los comuneros para hacer frente a los efectos derivados del contrato debe ser mancomunada (artículos 393 y 1137 CCv.). Sin embargo la responsabilidad que se atribuye al empleador comunidad de bienes en el ámbito laboral es solidaria. Así ocurre también con el grupo de empresas.

Asimismo MONTOYA MELGAR, A., Derecho...cit., página 290, opina que «en nuestro Derecho la responsabilidad de los titulares de la comunidad de propietarios es mancomunada», y «respecto de las agrupaciones de empresas rige la regla de la solidaridad». Véase STS 8 de junio de 1988 (RJ 1988/5256), FD quinto, «al existir una agrupación de empresas ambas deben responder en forma solidaria de las obligaciones contractuales de origen laboral contraídas con el demandante».

única», siguió la «sistematización» (a partir de los años noventa)⁸², claramente encaminada hacia la adaptación a los nuevos contextos productivos, más descentralizados y flexibles. Un primer hito en la jurisprudencia se detecta con la sentencia del TS (Sala Social) de 3 de mayo de 1990, un segundo momento –no tan claro- tiene lugar con la sentencia de 30 de junio de 1993, y finalmente un tercer estadio jurisprudencial viene establecido por la sentencia del TS de 26 de enero de 1998. Estos pronunciamientos –acaso no tanto el primero- han inspirado multitud de citas posteriores y se han convertido en el verdadero soporte y referente del corpus doctrinal⁸³.

3.1.1. Estadio previo a la «sistematización»: la vieja línea jurisprudencial de la «empresa única».

La declaración de empresa única implica que

«cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personalidad jurídica propia, ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia se impone el principio de solidaridad que, descansa fundamentalmente en el de la realidad, consistente en buscar dicha realidad auténtica más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, con lo que se evita pueda pesar sobre el productor contratado el oneroso deber de indagación de interioridades negociales subyacentes que para nada le atañen y, que por supuesto, suelen ser muy difíciles de descubrir, y ello, en aras de la seguridad jurídica y del principio de que quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como realidad, a fin de no fomentar la posible aparición de

⁸² Parece que la utilización del término «sistematización» aparece por primera vez en la STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1062), FD segundo, párrafo 2º, en la que se afirma que «el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que «hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de esta Sala». En dicha sentencia se invocan las SSTS de 30 enero y 9 mayo 1990 [RJ 1990/233 y RJ 1990/3983] y 30 junio 1993 [RJ 1993/4939]). Asimismo, se hace referencia en ella –entre otras- a las SSTS de 6 mayo de 1981 [RJ 1981/2103], 8 de octubre de 1987 [RJ 1987/6973]), 4 de marzo de 1985 [RJ 1985/1270], 7 de diciembre de 1987 [RJ 1987/8851], 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985/6094], 3 de marzo de 1987 [RJ 1987/1321], 8 de junio de 1988 [RJ 1988/5256], 12 de julio de 1988 [RJ 1988/5802] y 1 de julio de 1989. Pero en realidad todas estas sentencias anteriores a 1990 –además de otras- aparecen ya en la STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/3946) –incluso la de 1 de julio de 1989, allí erróneamente invocada-, razón por la cual considero que la primera sistematización de la doctrina jurisprudencial en la materia se debe a la mencionada sentencia del TS de 3 de mayo de 1990.

⁸³ Entre otras muchas, SSTS 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1870); 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/1270); 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002/5292); 4 de abril de 2002 (RJ 2002/6469); 20 de enero de 2003 (RJ 2004/1825); 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1244); 10 de junio de 2008 (RJ 2008/4446).

empresas ficticias que carezcan de las mínimas garantías de responsabilidad dejando a los trabajadores indefensos»⁸⁴.

Esta línea de jurisprudencia sugiere en primer término que no puede hablarse en todo caso de fraude o supuestos análogos, por el mero hecho de la convergencia en un fin común de varias sociedades productivamente agrupadas (la empresa única), o por la impresión generada de ser empresario quien realmente sólo era mandatario. No obstante, el principio de solidaridad, la seguridad jurídica y la apariencia verosímil creada y aceptada como real, imponen una responsabilidad compartida entre todas las personas o entidades agrupadas, para evitar así perjuicios a los trabajadores.

Se produce en la empresa única un ámbito único de organización y dirección (art. 1.1 ET); un solo vínculo laboral⁸⁵, que genera por sí mismo la responsabilidad solidaria al margen del fraude, sin perjuicio de que cuando se sospeche que puede concurrir dicho fraude, o cualquier abuso, pueda penetrarse el velo de la personalidad jurídica invocando la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el respeto a los derechos de los demás, como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

Por lo tanto, hasta el año noventa, antes de que fuera «sistematizada» la doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas y la relación individual de trabajo, la imputación de responsabilidad solidaria cuando el trabajador había prestado sus servicios efectivos para más de un componente del grupo de empresas –conjunto de cotitulares en proindivisión–, se movía en torno a dos parámetros fundamentales, valorados con cierta discrecionalidad judicial: 1) la participación accionarial, determinante unas veces de la colaboración económica o la dirección unitaria del grupo y otras de la confusión de patrimonios; y 2) la concurrencia en un fin (u objeto social) común, traducida a una actividad o a un ciclo productivo completo. Conforme a estos parámetros, por medio de mecanismos de facilitación de la carga de la prueba y otorgando relevancia a los indicios concurrentes de colaboración interempresarial, se

⁸⁴ Por todas, STS 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5802), FD tercero.

⁸⁵ CAMPS RUIZ, J.M., La problemática...cit., páginas 31-34. También en página 138.

establecía en cada caso, o bien el fraude de ley formal (ex artículo 6.4 CCv.), o la presunción del mismo; o bien el principio de solidaridad, que descansaba en la realidad del empresario efectivo, o en la apariencia (verosímil) creada y aceptada de buena fe como tal realidad, y en la seguridad jurídica y la protección del trabajador.

A partir de la sistematización la jurisprudencia pasó a exigir unas claves distintas para imputar la responsabilidad solidaria, que en cierto modo traen causa en las mismas circunstancias, pero al cabo, contextualizadas y evolucionadas: una dirección unitaria –o sea, la concurrencia en el fin productivo común- y alguna de las tres «confusiones» relevantes, la organización indistinta del trabajo, la confusión de plantilla, o la de patrimonios –es decir, la anterior vinculación laboral (no accionarial o mercantil)–; fraude de ley al margen. Consecuentemente, la llamada sistematización de la doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas ha producido una pérdida de relevancia de los elementos hasta entonces determinantes de la responsabilidad solidaria. Las nuevas formas productivas han configurado un nuevo contexto; una nueva realidad económica y social, que permite también a la jurisprudencia interpretar de un modo más flexible el Derecho del Trabajo (flexibilidad jurisprudencial)⁸⁶.

3.1.2. Hitos jurisprudenciales.

3.1.2.1. Primer hito: STS 3 de mayo de 1990. Puntos firmes de la doctrina «sistematizada».

Como quiera que la complejidad de las posibilidades de agrupación o vinculación entre empresas es notable, las consecuencias de tal agrupación, en cuanto a responsabilidades laborales, dependen de la estructura del grupo, de las características de la relación de trabajo y de su afectación por la pluralidad -real o ficticia- de los empresarios. La personalidad jurídica debe respetarse aunque las organizaciones

⁸⁶ CANTARD ALBOR, A., “Descentralización...cit.”, página 134, refiere que el proceso flexibilizador abarca diversas modalidades, describiendo la «flexibilidad jurisprudencial» como «cierta permeabilidad de los jueces a cierta ideología no tan pro-operario (...) “cuando aun en ausencia de un cambio normativo, la jurisprudencia modifica su orientación en el sentido de interpretaciones desregulatorias o de favorecer más al empleador”... Lógicamente ésta va acompañada también, de cierta flexibilidad de la doctrina».

productivas mantengan relaciones entre sí, en tanto que la independencia jurídica no se pierde por la participación accionarial o la política económica de colaboración establecida entre ellas.

Para atribuir una responsabilidad solidaria son necesarias determinadas vinculaciones especiales, entre las que cabe citar *«el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios; y la búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales»*. La carga de la prueba compete al trabajador, que deberá acreditar estas características especiales de vinculación laboral.

Como he mencionado, esta sentencia supone un giro en la interpretación de los indicios y un cambio de rumbo en la jurisprudencia moderna. Alberga otros principios como el de la realidad empresarial (es empresario quien organiza y recibe la prestación); el rechazo al fraude de ley (buena fe); y la reconducción de las situaciones de pluralidad empresarial hacia los art. 42-44 ET. La jurisprudencia sistematizadora sentó las bases de una nueva etapa para la reinterpretación de los principios y mecanismos de extensión de la responsabilidad solidaria que venían funcionando hasta ese momento. El fenómeno del grupo de empresas, que hasta entonces había sido analizado en claves solidaria o fraudulenta, o simplemente ignorado, se comenzó a ver como un escenario productivo cada vez más presente en las organizaciones laborales descentralizadas.

3.1.2.2. Segundo hito: STS 30 de junio de 1993.

A partir de esta sentencia se incrementa el énfasis hacia los grupos por subordinación, en un contexto como ya he dicho más proclive a la descentralización productiva y el holding de empresas (aparece poco después la ley 10/97). Además de hacer suyos los pronunciamientos anteriores se incorporan nuevos elementos jurisprudenciales: la concentración en el grupo es la que produce vínculos económicos y organizativos derivados de la obtención de un fin empresarial común. Y a esa unidad

económica generada, que se proyecta unitariamente hacia el exterior, se han de subordinar todas las empresas agrupadas. Por lo que el núcleo del grupo de empresas -en síntesis- se aloja en las circunstancias de la dominación (dependencia económica) y la unidad de dirección. Del grupo así planteado «arrancan» las normas que han de proteger a los acreedores, los componentes minoritarios (sin poder de decisión) y los trabajadores.

Considera el TS que el Derecho del Trabajo no refleja claramente cuándo se está ante un grupo de empresas. Y si aquél existe, cuándo se llega a constituir en sujeto del contrato de trabajo «con entidad objetiva propia, aunque no jurídica», que tenga trascendencia en las relaciones individuales de trabajo. Afirma que la construcción jurisprudencial, todavía en sus inicios, es «lenta y prudente», y el tratamiento legislativo muy reducido⁸⁷. Como se vio antes, aunque se demuestre la existencia de un grupo de empresas, y se invoque su incardinación en el artículo 1.2 ET relativo a las comunidades de bienes, no por ello «el empresario son todas las sociedades del grupo, solidariamente responsables de la relación de empleo».

3.1.2.3. Tercer momento: STS 26 de enero de 1998.

Esta sentencia, acuñando una fórmula «estereotipada», algo confusa y parcialmente redundante, integra las dos anteriores y consolida la actual doctrina jurisprudencial en la materia. La responsabilidad solidaria de las empresas del grupo por obligaciones contraídas con trabajadores de cualquiera de ellas, requiere además de la dirección unitaria —o su propia existencia como grupo— la presencia de algún otro elemento de vinculación laboral, de entre los que se van a ver seguidamente.

3.2. Estadio actual de la doctrina jurisprudencial.

La jurisprudencia consolidada que acabo de referir, sin matices a partir de la sentencia citada (TS 26.01.98), establece como regla general la consideración

⁸⁷ A saber, el artículo 1.2 ET que menciona como empresarios a las comunidades de bienes y la disposición adicional cuarta de la Ley 22/1992, por entonces aún no derogada.

independiente de las empresas del grupo. El ámbito de responsabilidad se corresponde con la personalidad jurídica, cuya independencia no se desvirtúa por la mera agrupación o por la política de colaboración que establezcan entre sí las empresas agrupadas.

Sin embargo existen excepciones a esta regla, que provocan la extensión de la responsabilidad solidaria⁸⁸, cuyos elementos correctores de la personalidad jurídica se encuentran en la dirección unitaria del grupo -precondición necesaria pero insuficiente por si sola a esos fines, en tanto que los empresarios del grupo conservan su independencia jurídica aunque se sometan a una misma dirección económica-, a la que debe acompañar alguna otra de las siguientes:

a) El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, que tiene lugar cuando se produce una identidad de hecho de las diversas sociedades a efectos económicos, por abarcar la organización integrada del trabajo todo el proceso productivo;

b) La prestación de trabajo, indistinta o común, de los trabajadores en favor de varias de las empresas del grupo, es decir la circulación –no esporádica- de trabajadores entre sus empresas (plantilla única), instrumentada de manera simultánea o sucesiva⁸⁹, teniendo en cuenta que los fenómenos circulatorios producen un cambio de destinatario real en la prestación laboral⁹⁰, razón por la que suele requerirse el consentimiento del trabajador;

⁸⁸ Se produce un doble mecanismo tuitivo: la extensión de responsabilidad solidaria y la consideración unitaria del grupo como si de un empleador único se tratara. En ese sentido, CAMPS RUIZ, J.M., La problemática...cit., página 66.

⁸⁹ De manera simultánea a través de contratación plural (relación laboral múltiple, a tiempo parcial) con varias empresas del grupo; o un contrato único con una empresa del mismo (relación laboral única), y la cesión temporal a sus otras empresas; o un contrato único (relación laboral única) con el grupo en su integridad. De manera sucesiva a través de una relación única con el grupo; o que se sucedan distintas relaciones con sus diversas empresas, con SUSPENSIÓN de la relación y derecho a retorno, y consolidación de condiciones laborales sin renunciaciones prohibidas. La creación de una nueva empresa formal dentro de un grupo de empresas, a la que se asignan las actividades que se descentralizan, constituye un fenómeno de movilidad «intragrupo» del trabajador.

⁹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., La tutela...cit., páginas 398-399, afirma que la unidad de plantilla implica que el destinatario del beneficio de los servicios del trabajador es el grupo y no la empresa que formaliza el contrato.

c) O la búsqueda de una exclusión de responsabilidades laborales, mediante la creación de empresas aparentes o ficticias, o la utilización abusiva de la personalidad jurídica diferenciada⁹¹, la cual aparece ligada plenamente al fraude.

3.3. Fraude de ley: doctrina judicial del «levantamiento del velo» y «empresario aparente»

No se concibe, al menos por ahora, un estudio del grupo de empresas que no tenga en cuenta su relación con el fraude de ley. Rechazable en sus infinitas manifestaciones, el elemento fraudulento en la actividad del grupo puede identificarse con la intención de eludir responsabilidades laborales, estructurando artificialmente empresas, sin un sustrato material verdadero de funcionamiento⁹². Pero el «ánimo intencional» es muy controvertido⁹³, y el dato del fraude se suele utilizar de forma recurrente en los casos dudosos. La doctrina laboralista ha manifestado que si para calificar como verdadero empresario a todo el grupo, éste se resiste a asumir tal condición, dicha resistencia constituye una «especie de presunción jurídica de fraude»⁹⁴.

Pese a haber sido objeto de múltiples conjeturas, el TS nunca dejó sentado, con claridad meridiana, si en el grupo de empresas la declaración de responsabilidad solidaria implica en todo caso un comportamiento empresarial fraudulento o abusivo. No obstante, cabe deducir de sus pronunciamientos, que no necesariamente es así, pues

⁹¹ La doctrina jurisprudencial contenida en este apartado se encuentra esencialmente en las sentencias que seguidamente se citan: STS 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6094); STS 3 de marzo de 1987 (RJ 1987/1321); STS 8 de junio de 1988 (RJ 1988/5256); STS 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5802); y aunque en la STS 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/3946), FD cuarto, se cita STS 1 de julio de 1989, considero que se trata de una referencia errónea. En su lugar véase STS 24 de julio de 1989 (RJ 1989/5908). Asimismo, STS 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939); STS 30 de diciembre de 1995 (RJ 1996/1003); STS 21 de enero de 1997 (RJ 1997/622), que cuenta con voto particular. Sin embargo el análisis de las resoluciones judiciales invocadas en las sentencias relacionadas con los supuestos relativos a la creación de empresas aparentes, o al abuso de la persona jurídica, muestra en ocasiones una falta de intencionalidad, que no es propia de un diseño fraudulentamente preconcebido por las entidades agrupadas. Pese a ello, el TS declaró la responsabilidad solidaria atendiendo a las demás circunstancias concurrentes (como si fueran fraudulentas), en garantía de los derechos del trabajador y en evitación del perjuicio causado al mismo.

⁹² HURTADO COBLES, J., *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, Bosch, Barcelona, 2005, página 69.

⁹³ Véase BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 2ª edición, Aranzadi, Elcano (Navarra), páginas 255-256.

⁹⁴ MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ CERVERA-VALDÉS, J.M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Manual...cit.*, páginas 139-140.

el fundamento de la solidaridad entre los miembros del grupo descansa en última instancia en la seguridad jurídica⁹⁵, y en la necesidad de proteger al trabajador frente al perjuicio ilícito causado⁹⁶, el cual debe ser reparado⁹⁷.

Tampoco admite el TS que la confusión de plantillas (circulación «intragrupo»), deba tenerse siempre por ilícita⁹⁸; ni que lo sea la confusión de patrimonios⁹⁹, situación caracterizadora del levantamiento del velo en muchas ocasiones, pero no en todo caso¹⁰⁰. Ni siquiera el comportamiento del empresario «aparente», o la apariencia externa de unidad empresarial, traen necesariamente causa patológica¹⁰¹. Comoquiera que el fraude nunca se presume, aquél debe quedar explicitado en la resolución judicial, o no podrá considerarse existente.

Siempre ligada al fraude o al abuso –ahora sí-, la teoría del levantamiento del velo aplicada al grupo de empresas ha permitido penetrar judicialmente en la realidad que subyace a la persona jurídica, para evitar el perjuicio de terceros, incluidos los trabajadores¹⁰², resolviendo los tribunales el conflicto latente entre seguridad jurídica y justicia (art. 9.3 y 1.1 CE) en favor del principio de justicia material, que tiene valor normativo inmediato, y deviene directamente aplicable del texto constitucional¹⁰³. La Sala Social del TS nos ofreció en su momento una fundamentación jurídica construida

⁹⁵ MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ CERVERA-VALDÉS, J.M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Manual...cit., página 139.

⁹⁶ La sentencia STSJ Galicia 24 de noviembre de 2005 (AS 2006/367), FD quinto.5, afirma que la ausencia de perjuicio, a falta de otros datos a valorar, excluye la intención dolosa.

⁹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T., Compendio de derecho del trabajo, Tomo II, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, páginas 50-51.

⁹⁸ Véanse SSTs 4 de marzo de 1985 (RJ 1985/1270); 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8851).

⁹⁹ En la confusión de patrimonios tienen una destacada influencia las situaciones de crisis que afecten a alguna de las empresas del grupo. Pueden verse las SSTs 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6094); 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7838); 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8583); 30 de junio de 1993 (RJ 1993/4939).

¹⁰⁰ HURTADO COBLES, J., El levantamiento...cit., páginas 51-52, entiende que tal confusión de patrimonios no agota sus posibilidades en dicha teoría.

¹⁰¹ Véase CAMPS RUIZ, J.M., “Problemática...cit.” en AA. VV., Grupos...cit., páginas 101-106.

¹⁰² En ese sentido, aunque no sólo en relación con el levantamiento del velo sino también con el empresario aparente, véase VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual...cit., página 433.

¹⁰³ BOLDÓ RODA, C., Levantamiento...cit., páginas 222-233; STS 12 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8234). Más recientemente, STSJ Cataluña, 26 de julio de 2010 (AS 2010/1915), FD cuarto.

con excelentes razonamientos acerca de esta técnica¹⁰⁴. Levantar el velo de una persona jurídica consiste en «hacer abstracción» de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en determinadas hipótesis conectadas con el derecho de presunciones y provocadas por una jurisprudencia de indicios, que concluye haberse producido una utilización desviada de la sociedad limitada; situación en la cual, se admite como justificada la ruptura del principio de separación de patrimonios, para satisfacer intereses legítimos, que de otro modo quedarían defraudados.

Con criterio amplio, entiéndase como técnica equiparable al levantamiento del velo la figura del «empresario aparente» -si bien no en todo caso con carácter fraudulento-, desde cuya perspectiva los principios de primacía de la realidad y protección del trabajador prevalecen sobre la configuración de una empresa que es meramente mandataria de otra¹⁰⁵. La apariencia de dirección unitaria generada (hacia el exterior) en todo el grupo por sus empresas ante los terceros (acreedores y trabajadores), traslada la responsabilidad a dicho grupo frente a los perjuicios causados sobre aquellos que actuaron de buena fe. La primera idea que sugiere el término de «empresario aparente» es la de atribuir tal cualidad a quien se ha colocado inicialmente ocupando la posición contractual del empresario, pero en cuanto se indaga mínimamente en la realidad organizativa que subyace a la organización formal, se constata que no actúa en interés propio sino en interés de otro, que es el «verdadero empresario»¹⁰⁶ (el empresario aparente se contempla bajo las reglas del mandato¹⁰⁷). Tanto el mandatario como el mandante ostentan legitimidad para ser demandados y pueden responder solidariamente. En esencia, la doctrina jurisprudencial sobre el empresario aparente atribuye la condición de empresario a quienes contraten y reciban la prestación de servicios, independientemente del interés con el que lo hayan hecho, ya sea éste un

¹⁰⁴ SSTs 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002/5292), FD cuarto.

¹⁰⁵ MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ CERVERA-VALDÉS, J.M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Manual...cit., página 141.

¹⁰⁶ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual...cit., página 433.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ GIRÓN, J., El empresario...cit., nota preliminar, alude a tres clases de apariencias empresariales: 1) quien aparenta ser empresario y efectivamente lo es: empresario aparente «sine contemplatione domini»; 2) quien aparenta serlo o lo es como litisconsorte necesario del empresario verdadero: empresario aparente «cum contemplatione domini»; 3) quien no es empresario en absoluto: empresario aparente «por error in contemplatione domini»; artículos 1709 a 1739 del Código Civil.

interés propio, ajeno, o bien comunitario de cualquier grupo de organización empresarial más o menos regular (cuya existencia y características han de afectar únicamente a los integrantes de esa agrupación, pero no a los trabajadores que de buena fe hubieran concertado sus contratos¹⁰⁸).

El alcance de la declaración de responsabilidad solidaria cuando concurre un empresario aparente es más limitado que el que se deriva de la organización, la plantilla, o la caja única¹⁰⁹.

Ocasionalmente, los tribunales han declarado la responsabilidad solidaria con causa en las reglas del mandato¹¹⁰, variante de la «empresa única» por el lado de la apariencia externa de unidad empresarial desde una perspectiva fraudulenta, que conecta con la teoría del «empresario aparente» (art. 1731 CCv.), por cuya virtud, «*si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato*». Es necesario que existan suficientes datos indiciarios que permitan presumir que la apariencia formal creada era una simple «pantalla jurídica» para desviar las responsabilidades.

Como es de sobra conocido, los efectos de la declaración de responsabilidad solidaria implican que el trabajador se podrá dirigir a cualquiera de las sociedades o las personas integrantes del grupo, o a todas ellas, para exigir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de su contrato de trabajo (art. 1137 y siguientes del CCv.).

4. Consideraciones críticas en torno a la doctrina jurisprudencial y propuestas de *lege ferenda*

4.1. Puntos críticos de la doctrina jurisprudencial

¹⁰⁸ Así se recoge en STS 22 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9073), FD segundo.

¹⁰⁹ CAMPS RUIZ, J.M., “Problemática...cit.” en AA. VV., Grupos...cit., páginas 101-106.

¹¹⁰ Véanse las SSTSJ Galicia de 18 de julio de 1994 (AS 1994/2853), 27 de julio de 1994 (AS 1994/2865) y 13 de enero de 1995 (AS 1995/134), con apoyo expreso, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo SSTS 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8851) y 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5802).

Un primer aspecto cuestionable surge de la comparación de las doctrinas anterior y posterior a la «sistematización» llevada a cabo por el TS (en los años noventa), derivada de la modificación del contexto productivo y la nueva realidad social. El mercado de trabajo español se modificó en profundidad en varias ocasiones, se hizo más insensible a los intereses de los trabajadores y acogió favorablemente el dinamismo flexible de las relaciones de producción, viniendo a desequilibrar -más aún- las siempre desiguales posiciones jurídicas del trabajador y el empresario. De ahí surge una primera crítica tras advertirse la impotencia jurídica en la que casi siempre se ve sumido el trabajador, a la hora de acreditar la existencia del grupo de empresas y la vinculación establecida entre sus miembros, a sabiendas de que el empresario, además de ser un ente complejo e impersonal, permanece oculto, difuminado o desaparecido, si es que no se coloca conscientemente en la insolvencia. Y ello sin perjuicio de que también se le haya reprochado al Alto Tribunal precisamente lo contrario: haber utilizado en exceso el mecanismo del fraude extraído por indicios, hasta el punto de llegar a considerar al grupo de empresas –se dice- como un ente patológico, negando implícitamente su figura o ignorando la realidad de su funcionamiento productivo.

Por suerte, parece que la nueva LRJS se presta a colaborar en la identificación del grupo de empresas empresario, lo que resolverá, al menos en parte, la compleja problemática derivada de la búsqueda de la contraparte real del contrato, a la que atribuir las responsabilidades inherentes a su condición empleadora.

En cuanto a los elementos correctores de la personalidad jurídica (a fin de imputar la responsabilidad solidaria), aquéllos no se muestran con la claridad que sería deseable. La fórmula actual que a modo de lista cerrada sintetiza la doctrina jurisprudencial, muestra una gran «rigidez», que contrasta en exceso con la enorme flexibilidad con la que luego se interpretan sus contenidos. Es confusa y –en parte- redundante¹¹¹. El «funcionamiento unitario de las organizaciones del trabajo» de las

¹¹¹ El TS al mismo tiempo que indica los elementos de vinculación entre los miembros del grupo, afirma que uno de esos mismos elementos es, a su vez, un conjunto de componentes (o subelementos) en cuyo seno están incluidos algunos de los demás: así, la «confusión de plantillas» o la propia «unidad de dirección». La redundancia oscurece el entendimiento y la interpretación.

empresas del grupo no se sabe exactamente qué significa o qué alcance tiene. Su grado de integración en modo alguno ha sido delimitado y podría significar, tanto una colaboración más o menos habitual como una integración económica de las empresas relacionadas¹¹². Tampoco la prestación común de servicios para varias de las empresas del grupo está exenta de inconcreciones, acerca de su carácter ocasional o habitual; ni se delimita el nivel a partir del cual el trasvase se considera confusión de patrimonios entre las empresas del grupo. Y qué decir sobre el elemento fraudulento o abusivo, o sea, la creación de empresas ficticias para eludir responsabilidades, sobre cuya referencia el TS no acierta a concretar los componentes del fraude, y ni siquiera a separar con claridad, qué sentencias fundamentan su decisión en ese elemento abusivo, de las que no.

Me parece también desacertada la consideración general del TS de que los fenómenos circulatorios –con los que interactúan las cesiones temporales (al margen de las ETTs) y las subcontrataciones- dentro del grupo de empresas se presuman, sin más, de lícita apariencia. Finalmente –aunque esta crítica también se dirige al legislador-, en las subcontrataciones «intragrupo» en las que concurre una dirección unitaria, sugiero que debería invertirse la carga probatoria o facilitar de algún modo la prueba al trabajador.

4.2. Expectativas de orientación de la jurisprudencia

Legislativamente la consideración del grupo de empresas evoluciona hacia un concepto más restringido y un ámbito más reducido (esencialmente hacia los grupos por subordinación), al cual sólo cabe imputar responsabilidad cuando de su funcionamiento se derive un comportamiento fraudulento, que el trabajador tendrá que demostrar (cosa harto difícil¹¹³). Entiendo que al haber desaparecido la presunción legal de que la dirección única de varias sociedades constituye unidad de decisión, y más aún, al haber perdido relevancia la unidad de decisión –a favor de la unidad de control-, puede haberse trastocado notablemente la afirmación jurisprudencial, ya inveterada, de que la

¹¹² Este elemento de corrección surge únicamente de las SSTs 6 de mayo de 1981 (RJ 1981/2103) y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/6973) a las que se alude en la STS 3 de mayo de 1990 (RJ 1990/3946).

¹¹³ La modificación producida en 2007 en el art. 42 del Código de Comercio así lo deja entrever.

dirección unitaria lleva implícita la existencia misma del grupo de empresas, lo cual podría suponer un serio retroceso en el camino transitado por la jurisprudencia, desde hace casi medio siglo¹¹⁴. Por lo tanto, está por ver el giro jurisprudencial que haya de tomar el elemento la «dirección unitaria» del grupo y su alcance jurídico, porque, por ahora, lamentablemente parece que el legislador sigue cómodamente instalado en la inhibición sustantiva del grupo de empresas en el ámbito laboral.

4.3. Ámbito de responsabilidad empresarial adecuado

En un contexto productivo de estructuras empresariales complejas como el actual, me parecería muy acertado, en aras de la facilidad probatoria, articular instrumentos procesales de «inversión de la carga de la prueba» (como ocurre con los derechos fundamentales, por ejemplo), después que el trabajador presente un primer «panorama indiciario» sobre la existencia del grupo¹¹⁵. Me parece también que la unidad de decisión debe corresponderse a todos los efectos con la unidad de corresponsabilidad, en tanto que lo más natural y realista, dada la existencia del grupo de empresas deducible de su dirección unitaria –o de un ámbito de producción económico y organizativo único–, sería extraer de ello la responsabilidad solidaria que debe ser asumida por todos los componentes del grupo, inscritos en ese ámbito decisorio único.

4.4. Pronósticos sobre el alcance normativo del grupo de empresas

En otros órdenes ajenos al Derecho laboral (Tributario, Administrativo...), el grupo de empresas se considera como una sola unidad empresarial. Pero en el orden social, al margen de algunas cuestiones procesales (LRJS), sus aspectos sustantivos siguen tan huérfanos de regulación legal como siempre, pese a la confusión de términos

¹¹⁴ Si no se llegase a presumir siquiera la unidad de decisión del grupo cuando existe una dirección única sobre las entidades agrupadas, cabe preguntarse de qué modo se podrá demostrar la existencia de aquella decisión unitaria, para, en su caso, atribuirle al grupo las responsabilidades laborales correspondientes.

¹¹⁵ Se ha sugerido que la identificación «por indicios» del empleador grupo de empresas aporta más ventajas al trabajador, porque así no tiene que demostrar cumplidamente la configuración o el funcionamiento fraudulento. Pero entiendo que el sistema de indicios está más arraigado a una realidad fraudulenta que merece ser superada.

y conceptos que generan las estructuras productivas complejas. Se trata por lo tanto de regular la responsabilidad que puede contraer un empresario plurisubjetivo, como consecuencia de la actividad productiva que desarrolle en un ámbito económico-organizativo y decisonal unitariamente dirigido.

En cualquier caso, creo que si se produjera una regulación inmediata (que por ahora no se vislumbra), el concepto de grupo de empresas no iba a diferir del que actualmente recoge la ley 10/97 (art. 3), es decir «el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas». Pero nada impide que en el transcurso del tiempo se produzca un cambio de rumbo jurisprudencial, o incluso legislativo. Así, en una futura regulación sustantiva podría arbitrarse una fórmula de colaboración interempresarial agrupada, parecida a la que ofrece el contrato de «puesta a disposición» regulado en la Ley 14/1994 para las ETTs, a través de mecanismos contractuales de Derecho Civil o Mercantil. Hay que admitir de una vez por todas, la realidad de un empleador compuesto, que comparte entre sus miembros facultades y responsabilidades propias de su funcionamiento descentralizado y flexible.

4.5. Propuestas de regulación

El discurso traído hasta este punto sugiere la pronta regulación del grupo de empresas en el plano laboral -al menos en sus aspectos esenciales-, dadas las carencias normativas, las indefiniciones legales, las dificultades de identificación del verdadero empleador, y la insuficiencia protectora del mecanismo de indicios judiciales. Así, habría que intervenir en determinados artículos del ET, para contemplar expresamente que el grupo puede ser empresario (art. 1.2 ET), aunque carezca de personalidad jurídica propia, igual que ocurre con la comunidad de bienes. Se le podrá considerar por lo tanto «unidad económica propia», y por ende, centro de imputación jurídica unitaria (si se presta el servicio a una de sus empresas se está prestando al grupo).

Comparto la opinión de que el grupo de empresas «laboral» debería resultar de un ámbito «económico-organizativo» unitariamente dirigido¹¹⁶, que emana de la actividad productiva concurrente de varios empresarios, en régimen de colaboración o coparticipación mutua de cualquier tipo, ya esté formalizada jurídicamente su relación, o lo sea «de hecho». La dirección unitaria del mismo ha de corresponderse con la «unidad de decisión» previamente asumida por tales empresarios¹¹⁷, en virtud de las vinculaciones establecidas entre ellos; unidad decisoria que prevalece, sobre la subjetividad del empleador. El grupo de empresas es destinatario de «los frutos» del servicio prestado por el trabajador, y ejerce las facultades empresariales –por y entre sus miembros- de manera directa, indirecta, compartida o delegada.

De la confluencia entre el ámbito económico-organizativo unitario y la unidad de decisión, resulta la «unidad de responsabilidad», en la que concurren solidariamente todos y cada uno de los miembros del grupo, y el propio grupo de empresas como tal.

La hipotética norma de la que hablo debería incorporar como presunciones –iuris tantum- (no vinculadas al fraude) los elementos que la jurisprudencia ha establecido, junto a la dirección unitaria del grupo, como determinantes de la responsabilidad solidaria. Así, 1) la prestación de servicios para al menos dos de las empresas cuyos titulares concurren en la actividad productiva; 2) la comunicación, trasvase o confusión entre los patrimonios, de varias de las empresas concurrentes en la actividad; 3) o la apariencia ofrecida por ellas de que existe un solo ámbito de organización o dirección productiva.

Otra presunción del mismo tipo, más allá de la doctrina jurisprudencial, sería el control directo o indirecto que una empresa ejerce sobre otra u otras del grupo, en tanto que la unidad de control o de dominación no deja de incidir, en cierta medida, en la

¹¹⁶ Me parecen muy acertadas, tanto la denominación de «complejo económico-organizativo» referida al grupo, como la línea de regulación de la materia que proponen MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas, una propuesta de reforma, Comares, Albolote (Granada), 2002, páginas 45-95.

¹¹⁷ Considero bastante adecuado el concepto de grupo empresarial que -a efectos pedagógicos- introducen VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., Manual...cit., página 433. Puede entenderse como tal «la unidad de decisión creada por el ejercicio de una dirección económica unitaria para una pluralidad de sujetos empresariales jurídicamente independientes».

independencia jurídica de la empresa. Esta propuesta de presunciones –legales– no debería perjudicar la aplicación, en su caso, de los criterios establecidos en los artículos 217 o 386 de la LECv., sobre la carga de la prueba y las presunciones judiciales.

En cuanto a la dirección y el control de la actividad laboral (art. 20 y 5 ET), procede la ampliación del ejercicio regular de facultades directivas a todo el grupo de empresas, siempre que las órdenes e instrucciones impartidas al trabajador, provengan de cualquiera de los titulares empresariales que componen dicho grupo, especificando que las obligaciones concretas del puesto de trabajo, surgen de ese ámbito económico-organizativo unitario antes referido, el cual constituye un sistema propio de gestión de los recursos humanos. Finalmente, acerca de la cesión temporal de trabajadores entre las empresas del grupo (art. 43.1 ET), parece oportuno que puedan efectuarse puestas a disposición (temporales) dentro de su ámbito, si bien debería quedar condicionada la validez del convenio, contrato o pacto suscritos al efecto, al cumplimiento de determinados requisitos¹¹⁸. En las demás cuestiones y situaciones no reguladas, se estaría (supletoriamente) a lo previsto en los artículos 42 a 44 ET.

IV. CONCLUSIONES

Tras el declive de la organización keynesiano-fordista (a partir de los setenta), en la era del postfordismo se extiende la globalización impulsada por las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento y el estímulo a la competitividad y la flexibilidad. Las áreas centrales globalizadoras (USA, UE y Japón) mantienen una lucha permanente por los mercados y se produce un resurgimiento de los viejos distritos industriales para hacer frente a las amenazas deslocalizadoras. En la economía abierta y global entran en crisis los instrumentos clásicos de intervención de los Estados-nación,

¹¹⁸ Estos requisitos serían los siguientes: 1) consentimiento expreso y escrito del trabajador, con derecho a retorno; 2) condiciones laborales mínimas de las que se viniera disfrutando, incluso cuando resulte de aplicación un convenio colectivo distinto; 3) condiciones laborales en la empresa de destino equivalentes a las de los puestos equiparables en la empresa de origen; 4) distribución concreta de facultades empresariales o reparto de competencias organizativas y directivas entre el grupo y las empresas cedente y cesionaria.

los ordenamientos laborales se precarizan, se desactiva el factor trabajo y se comienzan a dismantelar los Estados del bienestar.

En este contexto productivo, el grupo de empresas que prolifera, merced a la descentralización productiva, es un empresario huidizo y opaco, que muchas veces elude sus responsabilidades, a causa de su falta de localización e identificación. La escasa regulación laboral de este fenómeno ha propiciado que nuestra doctrina jurisprudencial evolucione de manera acorde con la realidad social de los tiempos productivos. Tanto el Derecho del Trabajo como su interpretación y aplicación judicial, se han orientado hacia la defensa de la competitividad y la flexibilidad empresarial, desequilibrando la protección del trabajador y sustituyendo el principio pro-operario por el principio pro-empresario.

La libre vinculación entre empresas, desprendiéndose de parcelas de su ciclo productivo que pasan a contratar externamente, está transformando las relaciones de carácter laboral por mercantiles o civiles. La quiebra del principio de «unicidad empresarial» está provocando un desplazamiento de funciones y competencias organizativas, y potestades fragmentadas, compartidas, delegadas..., apareciendo «de facto» un empresario múltiple en una organización compleja, cuya responsabilidad laboral reclama ser regulada.

Entretanto, la política de colaboración entre las empresas del grupo no supone necesariamente la pérdida de su independencia jurídica a efectos laborales, y tampoco la constitución de un grupo de empresas exige estar documentada. Las empresas vinculadas conservan su personalidad jurídica, en tanto que el grupo no adquiere una personalidad propia. El ejercicio de la dirección unitaria (la unidad económica decisoria) revela su existencia, pero de ello no deduce la jurisprudencia una responsabilidad solidaria entre sus miembros (como sí ocurre en el grupo sociedades vinculadas en el ámbito mercantil), a menos que se demuestre, además, alguno de los elementos relevantes de vinculación laboral entre los componentes del grupo y el trabajador afectado: la «unidad» de organización, de plantilla o de patrimonio. La imputación de responsabilidad solidaria -que tiene carácter excepcional- también puede

llevarse a cabo a través de la técnica del levantamiento del velo, desde un enfoque patológico, conforme a unos indicios y presunciones que evidencian un funcionamiento del grupo proclive a la elusión de responsabilidades.

La doctrina viene reclamando insistentemente desde hace tiempo una regulación específica del grupo laboral de empresas, que el legislador se resiste a acometer (la nueva LRJS solamente contempla algunas cuestiones procesales relativas a su identificación). En cualquier caso, una regulación mínima –sustantiva- del mismo debería incluir al menos su noción básica –o sea, pluralidad subjetiva, dependencia económica y ámbito productivo unitario-, e incidir en determinados aspectos, tales como los fenómenos circulatorios entre las empresas del grupo, la cesión temporal de sus trabajadores, la dirección y el control de la actividad, y la responsabilidad común, contraída por el grupo empresario y sus componentes, en el cumplimiento de sus deberes laborales. Las demás materias destacables que legalmente puedan pactarse, podrían ser remitidas a la negociación colectiva, ya sea de sector, rama o grupo.

Volviendo al plano procesal, desde mi punto de vista, supondría un avance en defensa de la igualdad de armas de las partes y el equilibrio procesal, que una vez fuera acreditada la dirección unitaria de las empresas del grupo, se invirtiera la carga probatoria debiendo probar el empresario que no concurre ninguno de los elementos determinantes de la responsabilidad solidaria.

En definitiva, entiendo que debe darse cabida en el Derecho laboral a un grupo de empresas configurado como un empresario múltiple, cuyos poderes y facultades empresariales estén compartidos o delegados -de modo parecido a como ocurre en las ETTs-, bajo una fiscalización mínima legal (aquí el ET y allí la ley 14/94). Asimismo, me muestro abiertamente partidario de la atribución de responsabilidad al grupo de empresas laboral, superando así, tanto el «dogma» de la personalidad jurídica, como la consideración de su funcionamiento fraudulento. Estimo, por último, que la descentralización productiva y la flexibilidad laboral son cuestionables, si acarrear perjuicios a los trabajadores por el mero hecho de que la producción se organice en ámbitos empresariales agrupados, en lugar de autónomos. Las ventajas competitivas que

para el empleador derivan del contexto global y la descentralización productiva, no deberían suponer mayor precariedad en las relaciones laborales o un retroceso en el nivel de calidad y prestaciones del Estado social, sino todo lo contrario.